

GERMANO KRAUSE DE FREITAS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS E A
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Antonio Alves do Prado
Filho.**

CURITIBA

2002

GERMANO KRAUSE DE FREITAS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS E A
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Antonio Alves do Prado
Filho.**

CURITIBA

2002

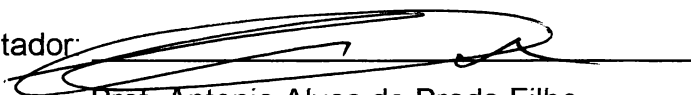
TERMO DE APROVAÇÃO

GERMANO KRAUSE DE FREITAS

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS E A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito pela Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

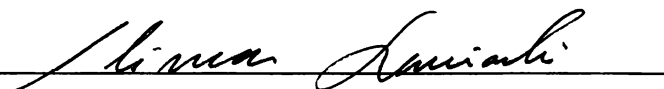
Orientador:



Prof. Antonio Alves do Prado Filho

Departamento de Direito Civil e Processual Civil

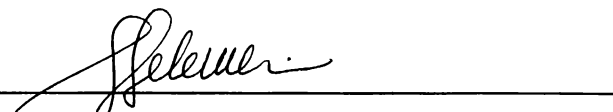
Prof.:



Prof. Elimar Szaniawski

Departamento de Direito Civil e Processual Civil

Prof.:



Prof. Sérgio Seleme

Departamento de Direito Civil e Processual Civil

SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E A ATIVIDADE BANCÁRIA.....	3
2.1 A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS.....	3
2.2 TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL.....	8
3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS.....	11
3.1. AS ATIVIDADES BANCÁRIAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	11
3.2 OS CONTRATOS BANCÁRIOS COMO CONTRATOS DE ADESÃO.....	17
3.3. AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A PROTEÇÃO CONTRATUAL.....	22
4 O DANO MORAL DAS RELAÇÕES BANCÁRIAS.....	26
4.1 O DANO MORAL E SUA QUANTIFICAÇÃO.....	26
4.2 A FUNÇÃO DO CARÁTER INDENIZATÓRIO DO DANO MORAL.....	29
5 CONCLUSÃO.....	33
REFERÊNCIAS.....	36

RESUMO

A responsabilidade civil constitui um dos temas mais problemáticos da atividade jurídica ante sua surpreendente evolução no direito moderno, seus reflexos nas atividades humanas e sua repercussão em todos os ramos do direito e na realidade social. Devido ao seu campo ilimitado, não há entendimento uniforme doutrinário e jurisprudencial quanto à definição de seu alcance, à enunciação de seus pressupostos e a sua própria textura. Assim, a responsabilidade civil vem conquistando um lugar de destaque no estudo do direito civil, exercendo influência em outros ramos do direito. A questão relativa à responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários sofreu sensíveis modificações em razão do notável desenvolvimento e modernização da atividade bancária em nosso país. À falta de legislação específica, as questões suscitadas a respeito da responsabilidade civil dos bancos têm sido solucionadas à luz da doutrina e da jurisprudência. Em foco está a questão da responsabilidade contratual dos estabelecimentos bancários, com a análise, oportuna, da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos citados contratos, uma vez que na sociedade atual, os contratos de natureza bancária tornaram-se acessíveis as diversas classes sociais. Na análise a ser feita, caberá também o estudo da questão relativa a indenização por danos morais pelos abalos que o estabelecimento bancário pode causar a um indivíduo pelo descumprimento do contrato avençado. Enfim, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar os aspectos que dizem respeito a responsabilidade contratual dos estabelecimentos bancários, fazendo-se um estudo das situações jurídicas que a celebração deste tipo de contrato pode ocasionar.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil tem um largo espectro, abarcando, hoje, qualquer situação fática decorrente de inter – relação entre sujeitos de direito. A complexidade do mundo moderno, deu-lhe dimensão especial e única. Inserida no campo da responsabilidade civil, a responsabilidade bancária apresenta algumas particularidades que vêm adquirindo acentuadas proporções na medida em que a mobilização de capitais, a procura de crédito, as aplicações de valores, a busca de segurança e da proteção na guarda de dinheiro ganham importância expressiva. Não há classe social que a ele não se dirija, recolhendo suas economias ou levantando capitais. A vida moderna, tanto de empresas como de pessoas físicas em geral, não dispensa a utilização dos serviços bancários, assumindo relevância o estudo das rotinas contratuais que surgem no desenvolvimento destas relações jurídicas havidas entre as instituições fornecedoras e seus consumidores. Todas essas operações bancárias poderão ser consideradas como contratos, por haver acordo entre as partes, criando obrigações. Diante deste contexto, a multiplicidade de atividades que os bancos prestam à coletividade amplia o leque de atos pelos quais estas instituições podem ser responsabilizadas.

Cabe ressaltar, que a responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários ganha um tratamento mais rigoroso e implacável mercê da utilização de recursos financeiros de terceiros e de contratos de adesão com cláusulas por eles próprios fixadas, uma vez que nos contratos firmados entre bancos e seus clientes, a posição do banqueiro é sempre mais forte e preponderante.

A acelerada marcha do fator econômico – social e as alterações das necessidades sociais exigem do Direito um dinamismo e flexibilidade. Contudo, a lentidão na criação e alteração das leis levam o intérprete, no caso específico da responsabilidade civil bancária, que não apresenta um regime legal próprio, a socorrer-se da jurisprudência e da doutrina, como instrumentos à adaptação do direito a uma realidade justa. Dentro desta perspectiva, a lei especial contida no Código de Defesa do Consumidor serve como um importantíssimo instrumento para nortear a questão da responsabilidade bancária. Não há dúvida de que a edição

do Código de Defesa do Consumidor representou notável avanço nas relações sociais baseadas no consumo, havendo a necessidade urgente de o Poder Judiciário instrumentalizar e conferir plena eficácia a tais normas.

A opção pela discussão das condições contratuais ajustadas através dos diversos instrumentos e títulos de crédito utilizados pelas instituições financeiras nacionais, reflete a preocupação em adequar de forma plena, as normas consubstanciadas pela Lei 8.078/90 à realidade brasileira. Sem sombra de dúvida, é extremamente relevante que os contratos e procedimentos adotados pelos estabelecimentos bancários sejam analisados sob a ótica do direito do consumo, uma vez que os bancos possuem papel importante como mediadores de crédito.

Diante deste contexto, o tema da responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários há de ser abordado de modo a enfocar os caminhos perfilados pela lei, pela doutrina e pela casuística, para fundamentar juridicamente a quebra da harmonia entre as partes contratantes.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E A ATIVIDADE BANCÁRIA

2.1 A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS

Antes de passar especificamente ao estudo da responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários, cabe algumas e importantes considerações acerca das características e princípios que norteiam a responsabilidade contratual.

A responsabilidade contratual se oriunda de inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral, o que resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. Consiste em uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. Tem como base o dever de resultado, o que acarretará a presunção de culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte. Diante disso, se o contrato é fonte de obrigações, sua inexecução também o será. Quando ocorre o inadimplemento do contrato, não é a obrigação contratual que movimenta a responsabilidade, uma vez que surge uma nova obrigação que se substitui à preexistente no todo ou em parte, ou seja, a obrigação de reparar o prejuízo conseqüente à inexecução da obrigação assumida. Conclui-se, com isso, que a responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista, é imprescindível a preexistência de uma obrigação (DINIZ, 1998, p.110).

Para o emérito civilista Silvio RODRIGUES (1995, p. 09), “na hipótese de responsabilidade contratual, antes da obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção”. Para ele na responsabilidade contratual a indenização, em muitos casos, se não em todos, é, por igual, um substitutivo da prestação contratada.

Conforme ensina José de Aguiar DIAS (1994, p.132) “... o estudo da responsabilidade contratual pressupõe um contrato válido, concluído entre o

responsável e a vítima. Decompondo este conceito, obtemos três elementos: existência do contrato; a sua validade, envolvendo, naturalmente, a questão da responsabilidade no caso de contrato nulo; estipulação do contrato entre o responsável e a vítima. “ Segundo o autor, a questão da existência do contrato não oferece maior dificuldade, se a convenção foi caracterizadamente estabelecida.

Diante deste contexto, constitui pressuposto da responsabilidade contratual a existência de um contrato vinculado às partes, situando-se tal responsabilidade no âmbito da inexecução da obrigação. Existe um liame anterior entre as partes, vinculando-as através de uma relação obrigacional, contida em um contrato ou na declaração unilateral, a qual é violada por uma delas de forma a causar prejuízo à outra. Com isso, para que surja a responsabilidade contratual é necessário que a obrigação violada tenha sua fonte no contrato ou que a violação não seja de um dever independente deste. A responsabilidade contratual possui, portanto, alguns princípios, que necessitam serem citados. Dentre eles é o fato de ter origem na violação obrigacional contratual existente entre o agente causador do dano e a vítima. Com relação ao ônus da prova, a vítima não precisa provar a culpa do agente causador do dano. Aquela somente estará obrigada a demonstrar que a prestação não foi cumprida e, em consequência, ocorreu o dano. Cabe a quem se chama à responsabilidade pelo descumprimento de obrigação contratual provar a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, como formas excludentes de sua responsabilidade. Na forma de composição do dano, a estimativa dos prejuízos obedecerá a critérios restritivos, em consequência da convenção estabelecida e dos resultados do seu inadimplemento (ALONSO, 2000, p.17-18).

Passando a análise da responsabilidade contratual em relação às atividades bancárias, faz-se necessário um enquadramento jurídico das atividades realizadas pelos bancos. Os estabelecimentos bancários podem ser caracterizados como empresas de caráter comercial que recebem e concentram capitais próprios e de terceiros, tendo o objetivo de realizar a mobilização de crédito, distinguindo, sistematicamente, entre os que dispõem de capitais e os que precisam obtê-los. As

atividade bancárias têm como essência o fato de serem praticadas em massa e por possuírem conteúdo econômico, para promoverem a circulação de riquezas.

Para Antônio Carlos EFING (2000, p.14) “o produto comercializado pelo banco, portanto, não é o dinheiro, que é bem juridicamente consumível, segundo o artigo 50 do Código Civil mas sim o crédito”. Extrai-se com isso que, embora o dinheiro, em si mesmo, não seja objeto de consumo, ao funcionar como elemento de troca, a moeda adquire a natureza de bem de consumo. As operações de crédito ao consumidor são negócios de consumo por conexão, compreendendo-se nessa classificação todos os meios de pagamento em que ocorre diferimento da prestação monetária, como cartões de crédito, cheques, etc.

Maria Helena DINIZ (1998, p. 288) ensina que o banco é empresa comercial que tem por fim realizar a mobilização do crédito, mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros e o empréstimo de importância, em seu próprio nome, dos que necessitam de capital. Continua a autora afirmando que, para atingir sua finalidade, o banco realiza várias operações, dinamizando o crédito, tornando-se ora devedor da pessoa com quem transaciona, ora credor. Assim, se recolher capital, passará a ser devedor dos clientes, realizando, então, operação passiva. Na operação passiva, o banco ficará sendo, ao receber de seu cliente numerário pelo qual se responsabilizará, seu devedor, pois, embora adquira propriedade desse numerário, por ser fungível, será obrigado a restituir outro do mesmo valor, qualidade e quantidade. Se aplicar suas disponibilidades, concedendo crédito, praticará operação ativa. Essas operações são praticadas pelo banco na qualidade de credor, pois empregará não apenas seu capital como o numerário recebido de terceiro, que passa ao seu domínio por ser bem fungível.

Portanto, por atividade bancária, entende-se a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros em moeda nacional ou estrangeira. Este conceito abarca uma gama considerável de operações econômicas, ligadas direta ou indiretamente à concessão, circulação ou administração do crédito. Estabelecendo-se paralelo entre a atividade bancária e

industrial, podemos afirmar que a matéria – prima do banco e o produto que ele oferece ao mercado é o crédito, ou seja, os estabelecimentos bancários dedicam-se a captar recursos de clientes para emprestá-los a outros clientes.

Dentro deste contexto, extrai-se que a atividade dos estabelecimentos bancários resulta de uma dúplici categoria de operações: aquelas essenciais à função que é própria dos bancos, ou seja, exercício de crédito, e que consistem, de um lado, na coleta dos capitais junto aos poupadores (operações passivas) e, de outro lado, na distribuição dos capitais (operações ativas) que consistem na prestação de determinados serviços a favor do público.

Segundo Nelson ABRÃO (2000, p.42-43) “...dois são os aspectos da operação bancária: o econômico e o jurídico. Economicamente, há que se considerar a prestação de serviços do setor creditício que redunta em proveito tanto para o banco, como para o cliente. Juridicamente, a operação bancária depende de um acordo de vontades entre o cliente e o banco, razão pela qual se diz que se insere no campo contratual...” . Segue o autor dizendo que das duas expressões, a econômica – operação, e a jurídica – contrato, a primeira é mais usual, dado não só o seu caráter dinâmico, como também o fato de os contratos bancários serem por adesão, isto é, aqueles em que a margem de discussão das cláusulas contratuais pelo cliente é bastante reduzida, vez que, destinando-se a grande número de pessoas, feitos em série, são padronizados.

Márcia Regina FRIGERI (2001, p.06-07) acerca do tema afirma:

A partir das características das atividades realizadas pelos estabelecimentos bancários, tem-se que a sua responsabilidade importa na condição de indenizar o dano patrimonial ou extrapatrimonial, decorrente da inexecução culposa do vínculo obrigacional ou do inadimplemento normativo. Salieta-se que da relação experimentada entre os estabelecimentos bancários e os seus clientes, resulta a responsabilidade contratual, prevista no art. 1056 do Código Civil¹. Já da relação

¹ Art. 1056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo ou no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.

existente entre o banco e o não – cliente, procedente de atos ilícitos, origina-se a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, fundada no art. 1059² e, essencialmente, nos termos do art. 159³, ambos do Código Civil. A responsabilidade extracontratual, exteriorizada do contrato, surgem duas subespécies, a responsabilidade delitual firmada na concepção de culpa e a responsabilidade delitual assentada na ausência de culpa, fundada, apenas, no risco profissional.

Caio Mário da Silva PEREIRA (1999, p.181) resume a questão da responsabilidade dos estabelecimentos bancários, em face da enorme gama de problemas que vêm surgindo, nos seguintes termos: “em linhas gerais, e na necessidade de enunciar um princípio de orientação global, o que eu entendo deva prevalecer é que nas relações do estabelecimento bancário com o cliente, prevalece a tese da responsabilidade contratual. A tendência de nossos tribunais é agravar a responsabilidade dos bancos. Naqueles outros, que exorbitam do inadimplemento do contrato com o cliente, a tendência é pela aceitação da teoria do risco profissional.”

Com relação a matéria probatória em responsabilidade civil bancária, basta o cliente demonstrar que a prestação foi descumprida para que transfira o *onus probandi* ao banco, que deverá elucidar a inexistência de culpa de sua parte, ou a presença de força maior, ou qualquer excludente capaz de eximi-lo do dever de indenizar, posto que o inadimplemento das obrigações implica por si só, uma presunção *juris tantum* da culpa do banqueiro. Ao passo que se extracontratual for a responsabilidade, caberá a vítima o encargo da demonstrar a culpa do banco (FRIGERI, 2001, p.07).

Diante deste tema, Silvio RODRIGUES (1995. p.226), assevera que “a inexistência de legislação específica sobre a responsabilidade dos banqueiros conduz o estudioso do tema a uma análise casuística, na busca de uma sistematização das hipóteses que se apresentam”.

² Art. 1059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

³ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

2.2 TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL

O emérito jurista Arnoldo WALD (1994, p.258-265) faz alusão a formas e direções que a responsabilidade civil bancária vem conquistando no decurso do tempo. Menciona, o nobre doutrinador, a evolução quanto aos fundamentos, à extensão ou área de incidência e à profundidade ou densidade. Segundo o autor, quanto aos fundamentos, a responsabilidade civil dos bancos não se baseia apenas na culpa, mas, em determinadas situações, no risco profissional. No tocante à extensão, preleciona que o número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade dos bancos vem aumentando gradativamente, sendo que a incidência evolutiva tem a conotação de firmar uma solidariedade entre os banqueiros e seus prepostos. Quanto à densidade, Arnoldo Wald assevera que a mesma representa a exatidão da separação do dano, cuja indenização abrange o aspecto patrimonial e o extrapatrimonial, dos clientes e não clientes que sofreram o prejuízo.

Uma das teorias aplicáveis à responsabilidade dos estabelecimentos bancários, portanto, na esfera civil, está sedimentada no risco profissional em que, o banco, na qualidade de comerciante, assume o risco do seu negócio, independentemente da perquirição de culpa do cliente ou do não cliente. Essa orientação, acolhida pela doutrina, pela jurisprudência e pelas leis especiais, o banco, recolhendo as vantagens e os lucros de seu comércio, deve sofrer também suas desvantagens. Na hipótese de não se averiguar culpa ou dolo, nem do banco nem da vítima, resolve-se pela imputação do risco profissional, conforme Súmula nº 28 do Supremo Tribunal Federal⁴.

O banco representa uma empresa especializada, que se dedica à prestação de serviços mediante remuneração adequada. Baseada nesta característica, sua organização e capacidade técnica os distancia dos clientes, que são leigos e desconhecedores desse funcionamento administrativo interno. Com isso, estatuiu-se

⁴ Súmula 28: O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.

uma responsabilidade maior dos banqueiros, baseada na teoria do risco profissional, também conhecida por culpa do serviço.

A idéia do risco profissional, segundo as lições de Arnaldo Wald, implica na necessidade de se tratar o banqueiro de modo mais rígido e severo, apreciando-se com maior rigor o seu comportamento e sua eventual culpa, não só por ter conhecimentos especializados ou técnicos bem maiores do que os do cliente, que, geralmente, é um leigo, desconhecendo, portanto, os mecanismos bancários, mas também pela circunstância de usar recursos financeiros alheio e pelo poder econômico do banco, que lhe possibilita impor sua vontade a outrem, mediante contratos de adesão e possibilidade de inclusão da cláusula de não indenizar.

Para Márcia Regina FRIGERI (2001, p. 09-10) duas são as circunstâncias da teoria do risco profissional que impelem o banco à reparação do dano independentemente de culpa: a) previsão legal; b) quando o banco, autor do dano, através de sua atividade, cria um risco maior para terceiros. Uma vez acolhido o risco profissional, o estabelecimento bancário, que retira proveito dos riscos criados, deve arcar com as conseqüências de sua ilicitude. Com isso, a vítima libera-se da prova da subjetividade, pois que não se questiona o dolo ou a culpa do banco. A jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, afastou a tradicional fundamentação da responsabilidade bancária nos limites da culpa. A aprovação da Súmula nº 28, reconheceu que o estabelecimento bancário deve responder pelos danos que causar, em virtude do risco que assume profissionalmente, só elidindo tal responsabilidade se for apurado que houve culpa grave do cliente ou sobreveio caso fortuito ou de força maior. A doutrina sintetiza o caso fortuito e a força maior em decorrência da verificação da imprevisibilidade e da inevitabilidade, enxergando na força maior (furto, roubo, assalto) o caráter invencível do obstáculo, e no caso fortuito (acontecimento natural, raio, inundação) o caráter imprevisto.

Caio Mário da Silva PEREIRA (1999, p.176-182) assevera que a inevitabilidade do ato tem de estar presente, de modo que, para que exima o banco, é mister que o evento não possa ser impedido nos seus efeitos. Outrossim, o autor

não concorda que a imprevisibilidade integre um dos pressupostos do caso fortuito e da força maior. A seu ver, a imprevisibilidade não é requisito necessário porque muitas vezes o evento, ainda que previsível, dispara como força indomável e irresistível.

Para o jurista Silvio RODRIGUES (1995, p.257) “a admissão de uma responsabilidade estribada no conceito de risco profissional se apresenta como extremada, pois implica a adoção de uma responsabilidade objetiva, inspirada na idéia de que, se da atividade especulativa do banqueiro resulta prejuízo para seu cliente ou para terceiro, aquele deve repará-lo.”

3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS

3.1 AS ATIVIDADES BANCÁRIAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como já analisado no capítulo anterior, as atividades bancárias caracterizam-se por terem conteúdo econômico e por serem praticadas em massa. O conteúdo econômico se revela pelo fato de promoverem a circulação de riqueza, estando nele ínsitos os elementos de organização e habitualidade ou reiteração. Visando ao público em geral, a atividade bancária é uma atividade em série, de massa, com um número indeterminado de pessoas, segundo tipo negociais estandarizados. Embora a massificação materialize a gama de serviços e a somatória que envolve a substância da atividade bancária, não se desconhece a correlação que tem acentuado perfil no Código de Defesa do Consumidor, querendo com isso significar uma necessidade de adaptação e atendimento, quer na formulação, quer no cumprimento de cláusulas e condições, coadunando-se com a autonomia de vontade que exterioriza o ato de adesão.

Segundo os ensinamentos de Márcia Regina FRIGERI (2001, p.17-18) os estabelecimentos bancários exercem duas categorias de atividades: uma, essencial à sua função precípua, ou seja, o exercício do crédito; outra, acessória e complementar, configurada pela prestação de serviços. No contexto da prestação de serviços bancários situam-se as operações de custódia de valores e administração de bens, a realização de pagamentos, inclusive de tributos, a transferência de numerário, a emissão de cartões de crédito, a realização de operações de câmbio, a cobrança de títulos e carnês, a manutenção de cofres de aluguel entre outras. Na conexão da prestação de serviços bancários tem-se entendido que os bancos devem pautar suas ações por um respeito irrestrito aos interesses do cliente e do não cliente, devendo executar seus serviços com esmero e lisura, atentando-se rigorosamente aos prazos e providências cabíveis.

Convém salientar que não só a Lei nº 8.078/90 que consagrou o Código de Defesa do Consumidor, mas também a Constituição Federal em vários de seus dispositivos cuidam especificamente do consumidor. O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, define:

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Conforme preceitua Antônio Carlos EFING (2000, p.50) “consumidores são aqueles que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”, completando que “o consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários”. Resta clara a conotação econômica dada pelo autor.

Alguns doutrinadores consideram consumidor aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando quer reparando os danos sofridos, conceituação esta que não se preocupa tão somente com a aquisição presente de bens ou a contratação de serviços. Segundo Maria Antonieta Zanardo DONATO (1993, p.131), “em se tratando de consumidor pessoa física e ocorrendo uma prestação de serviços bancários, onde figurem, de um lado, na qualidade de fornecedor, um determinado banco comercial, e, de outro, na qualidade de consumidor, uma pessoa física qualquer, que contrate objetivando uma destinação final, parece-nos evidente que essa relação jurídica se caracterizará como relação de consumo”.

Antônio Carlos EFING (2000, p. 53) a respeito do conceito de consumidor conclui que o contido no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor compõe-se pela conjugação do elemento subjetivo (sujeito): pessoa física ou jurídica; do

elemento objetivo (objeto): produtos ou serviços; e do elemento teleológico (finalidade): caracterizado pela destinação a ser conferida ao produto ou ao serviço, que será sempre finalística, opondo-se, pois, à comercialização, revenda ou qualquer outra destinação intermédia que possa ser conferida ao produto ou serviço.

Duas correntes doutrinárias podem ser claramente determinadas quanto à definição do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor: os *finalistas* e os *maximalistas*. Para os *finalistas*, destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, isto é, adquiri-lo para uso profissional. Já os *maximalistas* entendem que a definição do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretada o mais extensivamente possível. Consideram que tal definição é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não o fim de lucro quando adquire produto ou utiliza um serviço (FRIGERI, 2001, p.18-19).

Para a ilustre doutrinadora Claudia Lima MARQUES (1999, p.142) destinatário final é aquele que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo, aquele que coloca um fim na cadeia de produção, e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir.

Quanto à inclusão ou não das pessoas jurídicas enquanto consumidores, segundo alguns autores, dependeria sua caracterização da finalidade consignada à relação de consumo, isto é, da destinação dessa contratação bancária e, a partir daí, da análise a ser realizada pelo Poder Judiciário da sua vulnerabilidade, que será perquirida caso a caso. Para Fábio Ulhoa COELHO (1993, p.429-430) “se se tratar de contrato bancário com um exercente de atividade empresarial, visando ao implemento de sua empresa, deve-se verificar se este pode ser tido como consumidor. Se o empresário apenas intermedia o crédito, a sua relação com o banco não se caracteriza, juridicamente, como consumo, incidindo na hipótese, portanto, apenas o direito comercial”.

Assim, se o contrato bancário efetivado pela pessoa jurídica tiver sido realizado buscando o alcance de uma atividade intermediária, não há que se falar em relação de consumo. Se, entretanto, o contrato houver sido realizado buscando-se alcançar uma atividade final, deve-se, a partir daí, perquirir-se da vulnerabilidade do consumidor. Contudo, para Antônio Carlos EFING (2001, p.52) “a conceituação do consumidor de serviços ou produtos oferecidos pelos estabelecimentos bancários está associada a sua exposição às práticas abusivas lançadas pelas instituições financeiras, não sendo necessária a configuração de vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor.”

Segundo Claudia Lima MARQUES (1999, p.200-201) as relações contratuais estabelecidas entre banco e profissionais, pessoas físicas (profissionais liberais, comerciantes) ou jurídicas (sociedades civis e comerciais) cujos, serviços destinam-se à atividade profissional destas prevalecerão as regras firmada no direito comum, pelo fato de não se averiguar, na relação, a vulnerabilidade dos clientes. O que tem vigorado é que as pessoas jurídicas de também podem invocar a proteção da lei especial, mas, tão somente, nos casos em que os bens ou serviços não tiverem vinculação alguma com sua atividade empresarial, não sendo utilizados ou utilizáveis na sua produção ou comercialização.

O Código de Defesa do Consumidor, entretanto, trabalha com a técnica de equiparação de pessoas à situação de consumidor, permitindo a analogia sempre que for constatado o desequilíbrio contratual e a vulnerabilidade daquele que contrata com o fornecedor.

Por sua vez, a definição de fornecedor fica a cargo do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A lei somente contemplou no conceito de fornecedor aqueles que participem do fornecimento de produtos ou serviços no mercado de consumo com caráter de profissionalidade (exercício habitual do comércio). Tal profissionalidade pode existir, todavia, ainda que de forma irregular, como ocorre, por exemplo, com os vendedores ambulantes que praticam, em sua maioria, atividade ilegal mas sujeita às normas de consumo. Assim, há de se perceber que o elemento caracterizador do fornecedor não é o profissionalismo de quem presta, mas sim a remuneração do serviço.

O Código de Defesa do Consumidor não exclui expressamente de sua incidência as relações de crédito bancário, já que se o produto é todo o bem jurídico, não há de se negar que o crédito é um bem jurídico fornecido pelo banco ao tomador do crédito como destinatário final. O cliente só não seria destinatário final do crédito se, em vez de “consumi-lo”, ele o repassasse a terceiro com fim remuneratório. Diante disso, os estabelecimentos bancários constituem legítimos prestadores de serviços e, por conseguinte, fornecedores na espécie intitulada no Código de Defesa do Consumidor.

Apesar de claramente dispor o parágrafo 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor que, para a tutela da Lei 8.078/90, entende-se por serviço *inclusive a atividade de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*, muita polêmica tem causado a discussão quanto ao enquadramento dos estabelecimentos bancários como fornecedores nas relações de consumo.

O doutrinador Antônio Carlos EFING (2000, p. 63-64) acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações bancárias ensina que:

Evidentemente que os estabelecimentos bancários procuraram, a princípio, manter-se fora do alcance de aplicação das normas de proteção ao consumidor, ora argumentado que seus “serviços” ou “produtos” não eram contemplados pela lei, ora alegando que não se enquadravam no conceito legal de fornecedor, o que impossibilitaria concluir que as relações jurídicas havidas entre os bancos e seus clientes usuários seriam relações de consumo. Todavia, tais argumentos não encontram sequer respaldo no próprio Código de Defesa do Consumidor, que em seus preceitos deixa claro o enquadramento das instituições de crédito como fornecedores. Por outro lado, do ponto de vista da conceituação de consumidores, especialmente os expostos às práticas consideradas abusivas pelo Código de

Defesa do Consumidor, não resta qualquer dúvida de que a Lei 8.078/90 é perfeitamente aplicável às instituições financeiras. Os conceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor possuem caráter meramente exemplificativos, ou seja, a abrangência do Código não se restringe às situações expressamente previstas pela lei. Portanto, se a legislação não determina de forma direta a sujeição das instituições financeiras às normas do Código do Consumidor, em se analisando todo o sistema legal, conclui-se pela sujeição.

A responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários, segundo as normas do Sistema de Defesa e Proteção do Consumidor, ao contrário da tradicional sistemática adotada pelo Código Civil ou Comercial, não decorre somente do ato culposo do agente causador da lesão. Ou seja, no sistema brasileiro de defesa do consumidor, não é determinante para a responsabilização a apuração da conduta do agente. Isso porque nosso sistema adotou a responsabilidade civil absoluta ou também chama de responsabilidade mitigada, já que prevê algumas hipóteses em que o fornecedor não será responsabilizado, tais como a comprovação de que o acidente de consumo deu-se pela ocorrência de caso fortuito ou de força maior, existência de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, inexistência de defeito, sendo a prova, nestes casos, de incumbência do fornecedor.

Já para Marcia Regina FRIGERI (2001, p.21), a responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários se explica nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, com a ressalva do parágrafo 3º deste mesmo artigo:

Art. 14. O fornecedor de serviço responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações suficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

Parágrafo 3º: O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

3.2 OS CONTRATOS BANCÁRIOS COMO CONTRATOS DE ADESÃO

O contrato bancário configura-se como um acordo entre o banco e o cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação de crédito. Algumas características a ele são inerentes. O contrato bancário, impreterivelmente, tem de ser realizado por um banco (elemento subjetivo) e ter como objeto um ato de interposição de crédito (elemento objetivo). Assim, aludida modalidade contratual apresenta, portanto, os seguintes elementos: a) sujeitos – banco e cliente; b) objeto – crédito; e c) causa – mobilização de crédito. Os contratos bancários designam o esquema jurídico das operações bancárias. Porém, nem todos os contratos bancários são operações de crédito, eis que estão presentes nas relações bancárias também os contratos de prestação de serviços. Aludidos contratos acessórios, de operações neutras, no entanto, não são privativos das instituições bancárias, podendo ser realizados por outras entidades, não constituindo assim, contratos bancários propriamente ditos.

Os contratos bancários são típicos contratos de adesão, cuja conceituação está estampada no art. 54 da Lei 8.078/90:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Dessa forma, o consumidor por força da extensão conceitual feita pelo art. 29 do mesmo diploma legal, possui proteção especial em se tratando de relação de consumo ajustada através de contrato de adesão:

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Para Claudia Lima MARQUES (1999, p.53-54) “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), isto é, sem que o outro parceiro

(consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito”.

Podemos, assim, destacar como características do contrato de adesão: 1) a sua pré- elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte. Realmente, no contrato de adesão não há liberdade contratual de definir conjuntamente os termos do contrato, podendo o consumidor somente aceitá-lo ou recusá-lo.

Por muito tempo discutiu a doutrina o caráter contratual ou não dos contratos de adesão. Para alguns, por sua estrutura pré – elaborada unilateralmente, por suas características que eliminam a fase de discussão pré – contratual, estes contratos se aproximariam dos atos de direito público, dos atos regulamentares. Para outros não haveria um real acordo de vontades, mas sim um ato unilateral.

Hoje a doutrina é unânime em aceitar o caráter contratual dos contratos de adesão. Trata-se de uma acordo de vontades representado pela adesão, não sendo essencial ao contrato que seu conteúdo seja discutido cláusula a cláusula em uma fase preliminar, assim também a igualdade de forças dos contratantes não é essencial. Mesmo existindo, na prática, um desigual poder de barganha, não se deve negar o caráter contratual do contrato de adesão, devendo-se criar normas e uma disciplina específica adaptada às suas características especiais e que permita um controle efetivo da equidade contratual. O consentimento do consumidor, a sua adesão, é que provoca o nascimento do contrato, a concretização do vínculo contratual entre as partes .

Acerca do método do contrato de adesão, ensina a ilustre Cláudia Lima MARQUES (1999. p.58):

Esse método de contratação obteve sucesso pelas vantagens que sua utilização traz aos fornecedores e mesmo aos consumidores. A contratação é mais rápida e facilitada, não se faz uma diferenciação entre os consumidores desta ou de outra classe social, o método racionaliza a transferência de bens de consumo na sociedade, possibilitando também a previsão dos riscos por parte dos fornecedores. Entre as vantagens que apresenta, está a rapidez de sua adaptação a novas situações, bastando elaborar um novo contrato modelo e imprimi-lo em um novo formulário. De outro lado a sua elaboração prévia e unilateral facilita a inclusão de cláusulas abusivas, cláusulas que asseguram vantagens unilaterais e excessivas para o fornecedor que as elabora.

Na sociedade atual os contratos bancários popularizaram-se, não havendo classe social que não se dirija aos bancos para levantar capital, para recolher suas economias, para depositar seus valores ou simplesmente pagar suas contas. É um contrato de adesão por excelência, é uma das relações consumidor – fornecedor que mais se utiliza do método de contratação por adesão e com condições gerais impostas e desconhecidas.

Nos contratos bancários as cláusulas são unilateralmente preestabelecidas pelo banco, parceiro contratual e economicamente mais forte, sem que o cliente possa analisar ou alterar o teor contratual, nem mesmo negociar os termos e as condições do contrato. O elemento essencial dos contratos bancários, portanto, é a ausência de um debate prévio das cláusulas contratuais. A predeterminação das normas contratuais aumenta a fluência e a rapidez nas negociações, bem como estandariza as condições e termos contratuais, racionalizando as atividades bancárias (FRIGERI, 2001, p.14).

Sobre o caráter adesivo dos contratos bancários, Antônio Carlos EFING (2000, p.172-173) afirma que normalmente, o consumidor quando procura um estabelecimento bancário, pretendendo a contratação de qualquer serviço ou obtenção de financiamento, o faz por necessitar muito do crédito pretendido. Nesta situação, não pode se dar ao luxo de discutir as cláusulas da avença, especialmente quando o banco fornecedor já apresenta o instrumento contratual elaborado,

restando ao consumidor aderir a ele ou não. O cliente, via de regra, limita-se a aceitar as condições impressas no contrato bancário.

Arnaldo RIZZARDO (1994, p. 19-20) acerca das condições dos contratos bancários, como espécie de contrato de adesão ensina que:

De modo geral, o interessado sequer lê as cláusulas impressas, por várias razões, como falta de tempo, confiança que depositado no banco, imprudência, premência em ter o dinheiro à disposição etc. Muito seguidamente, se as lê, não as entende e nem se acha capacitado para compreender o significado jurídico. E caso se dê ao trabalho de proceder a uma análise mais atenta, concluindo por discordar de alguma das imposições, não obterá resultados práticos, mesmo porque não consegue acesso perante os verdadeiros responsáveis do banco ou da empresa. Os que o atendem simplesmente transmitem normas impessoais e comuns, nada decidindo ou alterando. Como aderente de um contrato, recebe o instrumento pronto, incumbindo-lhe tão unicamente aceitar ou rejeitar as regras e condições estabelecidas.

Concomitantemente, o contrato bancário contém cláusulas que não possibilitam a percepção e o entendimento por parte do cliente. São cláusulas normalmente iníquas ou abusivas, desfavoráveis ao cliente, que disseminadas no extenso compacto conteúdo do contrato sugerem a não leitura. O que leva, também, o cliente a não ler o contrato é a impressão de que, lendo, não se comporta como cliente normal. Contudo, se executar uma leitura apurada dos contratos bancários constata-se a existência de condições “leoninas”, acobertadas pelo véu da legalidade. Tais cláusulas traduzem relações jurídicas excessivamente duras, como, por exemplo, a comissão de permanência, a multa contratual, os juros, a verba advocatícia, entre outros encargos.

No nosso direito, o parágrafo 4º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, preconiza que:

Art. 54.

Parágrafo 4º. As cláusulas que implicarem limitação ao direito do consumidor deverão ser redigidas em destaque, permitindo sua fácil e imediata compreensão.

Especificamente nos contratos de adesão, é de aceitar-se, como diretriz hermenêutica, a regra segundo a qual, em caso de dúvida, as cláusulas devem ser interpretadas contra a parte que as ditou.

Nos contratos estipulados entre o banco e o cliente, a posição do banco é sempre mais forte e preponderante. O interesse particular dos bancos tende, por conseguinte, a explorar essa posição de confiança e supremacia econômica, e o interesse particular do cliente exige uma proteção correspondente contra os possíveis excessos. A par da desigualdade entre o banco e o cliente, como foi visto, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) combate o uso de termos dúbios, ambíguos, rebuscados, que fujam à compreensão do homem comum. O parágrafo 3º do artigo 54 do citado diploma legal determina que os contratos de adesão serão redigidos em termos claros e em caracteres ostensivos e legíveis.

Nelson Nery Junior, comentando o Código de Defesa do Consumidor e analisando precipuamente o art. 46, em cujo contexto verifica-se que *“não obrigarão os consumidores senão lhe for dado a oportunidade de tomar conhecimento prévio...”*, assevera com grande maestria que dar oportunidade para dar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer para o consumidor ler as cláusulas do contrato de adesão. Significa, isto sim, fazer com que tome conhecimento efetivo do conteúdo do contrato, especialmente sobre as cláusulas restritivas de direito do consumidor. Ainda em seus comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Nelson Nery Junior, certifica que o artigo 4º, inciso I, traz como princípio o reconhecimento de que o consumidor é a parte mais fraca na relação jurídica de consumo, circunstância que corrobora para a égide do art. 47 do mesmo diploma legal, ou seja, a determinação de que a interpretação dos contratos sempre, não só em caso de dúvida, ocorrerá de modo mais favorável ao consumidor.

Simultaneamente, o inciso IV do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor determina serem nulas as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas ou abusivas, que coloquem o consumidor cliente em

desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa - fé ou com a equidade. Para Antônio Carlos EFING (2000, p.175) “extrai-se desta interpretação a conclusão de que o magistrado deve pronunciar-se *ex officio* sobre a matéria de cláusula abusiva, independentemente de provocação de qualquer interessado. Deve agir assim o juiz porque a cláusula abusiva é nula e não anulável. Como a norma é de ordem pública, não está sujeita à preclusão, podendo ser argüida ou decidida em qualquer instância ou grau de jurisdição”.

3.3 AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A PROTEÇÃO CONTRATUAL

Para evitar que o consumidor ficasse inferiorizado ao contratar, quando sua manifestação de vontade viesse materializada em contratos de adesão, que não proporcionam ampla negociação entre as partes, pois suas cláusulas são redigidas de maneira unilateral, é que o legislador previu expressamente o cumprimento do princípio da igualdade nas contratações, inadmitindo assim, qualquer desnível nesta esfera. Com isso, qualquer cláusula que ofenda esse princípio poderá ser invalidada em juízo, pois sua permanência significaria violação desse comando estabelecido pelo legislador (EFING, 2000, p. 175).

Dessa forma, sendo amplamente utilizados pelos bancos os contratos de adesão, não resta dúvida de que, evidenciada qualquer cláusula ou condição que afronte o sistema de proteção ao consumidor, restará ao cliente usuário, na qualidade de consumidor da instituição financeira de tais condições, com o intuito de adequá-la para o restabelecimento do equilíbrio contratual, ou, até, pleitear a declaração de nulidade da mesma, dependendo do caso.

Acerca das cláusulas abusivas em contratos de adesão, ensina Cláudia Lima MARQUES (1999, p.80) com grande maestria:

O fenômeno da elaboração prévia e unilateral, pelos fornecedores, das cláusulas dos contratos possibilita aos mesmos direcionar o conteúdo de suas futuras relações contratuais com os consumidores como melhor lhes convém. As cláusulas contratuais assim elaboradas não têm, portanto, como objetivo realizar o justo equilíbrio nas obrigações das partes, ao contrário, destinam-se a reforçar a posição

econômica e jurídica do fornecedor que as elabora. Não é raro que contratos de massa, contenham cláusulas que garantam vantagens unilaterais para o fornecedor que as elaborou, diminuindo os seus deveres em relação ao consumidor, exonerando-o de responsabilidades, diminuindo assim seus riscos e minimalizando os custos de uma futura lide. A concepção e a redação unilateral pelo fornecedor do conteúdo do contrato, como que convida à elaboração de cláusulas que primam pela unilateralidade dos direitos que asseguram, garantindo vantagens somente para o fornecedor de bens e serviços, quebrando o equilíbrio do contrato e enfraquecendo ainda mais a posição contratual do consumidor. São as chamadas cláusulas abusivas, as quais incluídas em contratos de adesão ou em condições gerais dos contratos vão ser oferecidas à aceitação pelos consumidores. Na verdade, a maioria dos consumidores que concluem contratos pré - redigidos o fazem sem conhecer precisamente os termos do contrato. Normalmente, o consumidor não tem a oportunidade de estudar com cuidado as cláusulas do contrato, seja porque ele as receberá só após concluir o contrato, seja porque o instrumento contratual é longo, impresso em letras pequenas e em uma linguagem técnica, tudo desestimulando a sua leitura e colaborando para que o consumidor se contente com as informações gerais prestadas pelo fornecedor. Mesmo que o consumidor tenha oportunidade de inteirar-se plenamente do conteúdo contratual, lendo com calma as cláusulas pré - redigidas, ainda assim pode vir a aceitar as cláusulas abusivas, ou porque a cláusula estava redigida de maneira a dificultar a compreensão de seu verdadeiro alcance para uma pessoa sem conhecimento jurídico, ou porque o consumidor necessita do bem ou serviço oferecido.

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações, típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa - fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante. Por ser um fenômeno jurídico, a abusividade das cláusulas contratuais necessita, para sua identificação, da atividade do intérprete, do aplicador da lei, daquele que, examinado a relação jurídica e o contrato que vincula o consumidor e o fornecedor, irá concluir pelo caráter abusivo da cláusula. Assim, é a presença da cláusula abusiva nos contratos massificados que o torna atual, é a execução do contrato que vai, na maioria das vezes, esclarecer o potencial abusivo da previsão contratual.

O Código de Defesa do Consumidor, enquanto sistema inovador no tocante à limitação da autonomia das partes, promovedor da equidade contratual, também

se revela quando dispõe sobre o controle de cláusulas abusivas, cumprindo a função de saciar as expectativas legítimas dos consumidores, compensando suas fragilidades diante dos fornecedores nas relações de consumo. A edição de normas protetoras do consumidor provém exatamente da necessidade, percebida pelo legislador, de se remediar os abusos perpetrados pela inserção de cláusulas contratuais que reflitam a prepotência do contratante economicamente mais forte. Visando também sanar os abusos contratuais, surge o controle das cláusulas abusivas, criando instrumentos destinados a efetivar a equidade no conteúdo das condições contratuais gerais, de forma a conseguir-se uma justiça substancial. O controle das cláusulas abusivas poderá restringir-se ao período preparatório do contrato, isto é, à formação das cláusulas contratuais, quando far-se-á o controle sobre o consentimento. Contudo, poderá também recair sobre o conteúdo do contrato, quando se pretende a razoabilidade da proporção entre as prestações, donde haveria as preocupações com a lesão.(EFING, 2000, p. 98-99)

No Código de Defesa do Consumidor, o legislador elencou diversas cláusulas abusivas, sancionando todas elas com a nulidade absoluta. Já as cláusulas que possam representar onerosidade para o consumidor e que não observarem o princípio da boa – fé, são passíveis de modificação, por se tratar isto de prerrogativa do consumidor outorgada pela lei. Quando figurar o abuso de direito como consequência de uma cláusula contratual, esta será considerada abusiva. É o caso das cláusulas redigidas pelo predisponente no contrato bancário, típico contrato de adesão, no caso de causarem dano ao aderente.

O Poder Judiciário poderá intervir para efetuar a revisão do contrato, e, se constatar ônus excessivo imposto ao consumidor poderá modificar a cláusula abusiva no contrato. Portanto, o Poder Judiciário sobrepõe-se à vontade das partes para o estabelecimento do equilíbrio entre direitos e obrigações.

O ilustre doutrinador Antônio Carlos EFING (2000, p. 102-103) ensina que o princípio da função social, adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, fundamenta a legitimação das restrições consistentes na limitação da autonomia

privada dos contratantes, taxando limites à liberdade de predispor. No entanto, as condições gerais contidas no Código de Defesa do Consumidor a restringir a conduta do predisponente dependerão do conteúdo do contrato de adesão para surtirem seus efeitos concretos. Este princípio, portanto, exerce a adequação de figuras contratuais à nova imagem da realidade econômica, social e jurídica. O sistema de controle preventivo e abstrato, invalidando condições gerais abusivas integrada nos contratos, atende antes ao princípio da boa – fé, não contrariando, portanto, o princípio da liberdade contratual. O princípio da boa – fé, por sua vez, serve de parâmetro à conduta dos contratantes nas relações de consumo. Desta forma, toda e qualquer condição contratual que afronte o princípio da boa – fé, em princípio, é cláusula abusiva, a ser atingida pela nulidade absoluta, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

A inserção de cláusulas abusivas nos contratos de massa e sua aceitação pelos consumidores é, portanto, uma realidade a exigir do novo direito dos contratos uma resposta.

4 O DANO MORAL NAS RELAÇÕES BANCÁRIAS

4.1 O DANO MORAL E SUA QUANTIFICAÇÃO

Para Sergio Gomes ALONSO (2000, p. 36-37) o objetivo do direito, e mais especificamente da responsabilidade civil, é encontrar formas adequadas para restabelecer o interesse jurídico lesado. Assim, o dano sofrido por alguém, em decorrência de ação de terceiro, deve ser reparado, e, para tanto, deverá haver previsão legal autorizando o restabelecimento do bem jurídico violado. A classificação dos danos reparáveis se subdivide em materiais e morais. Os danos materiais devem considerar todos aqueles que causam violações ao patrimônio da vítima, enquanto os danos morais repercutem, de forma incisiva, na valorização íntima da pessoa e sua personificação exterior. O dano moral constitui agressão aos bens jurídicos da pessoa, dotada de valores intrínsecos e extrínsecos, atingindo-a na sua intimidade e no seu relacionamento social, porque neste repercute o fato violador. A personalidade humana é dotada de atributos psicofísicos que devem ser resguardados de quaisquer agressões, mesmo porque é da essência da pessoa a busca da felicidade, do bem – estar e de outros valores necessários e próprios da individualidade de cada um, que não poderão ser obstados por tais agressões.

A respeito da caracterização de dano moral, Maria Helena DINIZ (1998, p. 81) ensina que o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais, provocada por fato lesivo. Qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse. Por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral.

Para o emérito Silvio RODRIGUES (1995, p. 188), “danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”

Para Clayton REIS (1997, p.06) a idéia que se apresenta de dano moral, diante das conceituações dos diversos doutrinadores a respeito do tema, é da existência de um patrimônio desmaterializado. A honra e os sentimentos múltiplos dos seres humanos tratam-se de um patrimônio imaterial e devem ser objeto de proteção do direito.

Acerca do dano moral em responsabilidade contratual, para Maria Helena DINIZ (1998, p.117) “o descumprimento contratual pode, em certas circunstâncias, causar não só danos materiais como também morais. O dano moral, na seara da responsabilidade contratual, seria, em regra, um dano moral indireto, por ser consequência de lesão a um interesse patrimonial, trazendo contrariedade, inquietude ao credor, principalmente quando o contrato se referir a coisas que têm valor para o contratante.”

Não há dúvida de que, nas relações bancárias fundadas em responsabilidade contratual, os estabelecimentos bancários respondem pelos danos materiais como morais acarretados ao cliente consumidor. Para Humberto Theodoro JUNIOR (1997, p.16) o problema mais sério acerca da reparação está na quantificação do valor a ser repostado ao consumidor. Quando se trata de dano material, calcula-se exatamente o desfalque sofrido no patrimônio do ofendido e a indenização consistente no seu exato montante. Mas quando o caso é de dano moral, a apuração do *quantum* indenizatório se complica, porque o bem lesado não se mede monetariamente.

Proliferaram-se as questões que envolvem danos materiais e de natureza moral envolvendo estabelecimentos bancários, em face, principalmente, da popularização desta atividade de circulação de crédito na realidade brasileira, que tem sua consistência no perfil da vítima e na relação de causa e efeito emergente da prestação do serviço, ou atrelado à operação bancária.

Segundo Nelson ABRÃO (2000, p. 283) “acena-se com a potencialidade do dano, se dele provier algum prejuízo que tenha natureza sólida e comprovada.

Fundamentalmente válida a premissa, quando dispuser sobre a espécie do dano moral, porque consagrado pelo texto constitucional, sendo utilizado com a plausibilidade de sua forma e suporte jurídico, não se transformando num instrumento de pressão, a caracterizar o abuso do direito de demandar.”

Aferir o dano moral é tarefa por demais complexa dentro do seu grau de eficácia e atribuição da correspondência à pessoa da vítima, porém dificultoso e não menos árduo é o caminho da especificação concreta do prejuízo, na quantificação exata de alguns parâmetros orientadores, visando assegurar elementos no provimento jurisdicional. Os conceitos de honra, privacidade e prestígio no seio social representam prisma objetivo, que se transforma num determinado momento em subjetivo, subordinando ao perfil da realidade que envolve a operação bancária e o dano existente. Consabido, portanto, que na ambivalência de preceitos que governam a função desenvolvida em torno de fato concreto, se dissocia a ideologia num conflito que ganha terreno a partir de sua definição, seguindo-se a fixação do valor necessário suportado pela vítima. Fundamental conhecer aquilo que se determina na essência da ocorrência do dano moral, para, em uma segunda etapa, se poder estreitar a visão e conceber o montante indenizável ou interdisciplinando com a situação levada à decisão judicial. (ABRÃO, 2000, p.284).

O registro do nome do cliente, pelo banco, em central de restrições de órgão de proteção ao crédito, por exemplo, configura-se numa situação bastante corriqueira, que surge nos Tribunais por todo o país e que, tem seu fundamento indenizatório na violação de direitos individuais, os quais são amplamente consagrados pelo texto constitucional. Nesta situação, evidente que tendo o cliente sido lançado no rol de entidade congregando proteção ao crédito, conseqüentemente as restrições sofridas por ele serão inúmeras, desde o simples abalo do nome até a recusa de compras a prazo e utilização de cartões de crédito.

Respeitante ao *praetium doloris* que o dano moral exterioriza, a jurisprudência ainda não encontrou um denominador comum. A maioria tem fixado o parâmetro do salário mínimo na atribuição do ressarcimento do prejuízo, porém são indispensáveis a homogeneização de critérios e a observação de métodos objetivos. Desnecessário dizer que não será o porte econômico do estabelecimento bancário demandado o fator decisivo na estimação dos prejuízos havidos, mas sim a naturalidade entre a causa e sua consequência, atribuindo-se ao julgador maior liberdade e autonomia ao colher a prova.

Cabe assim ao prudente arbítrio dos juizes e à força criativa da doutrina e da jurisprudência a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir as indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como o princípio da legalidade e o princípio da isonomia. Cabe ao juiz, portanto, fixar esse valor compatível que, de um lado, procure de certa forma compensar o lesado pela dor e, de outro, inibir o lesante de novas investidas ilícitas contra direitos alheios.

4.1 A FUNÇÃO DO CARÁTER INDENIZATÓRIO DO DANO MORAL

A grande maioria da doutrina brasileira admite o caráter meramente compensatório dos danos morais, ao contrário do caráter indenizatório da reparação dos danos patrimoniais. A idéia de reparar pecuniariamente os danos morais funda-se na gama de possibilidades que o recurso financeiro possibilita às pessoas para aplacar suas mágoas e aflições. No entanto, sendo compensatória, a única forma possível de estabelecer esse equilíbrio de valores é através do *praetium doloris*, sendo o dinheiro o modo único de reparação dos danos morais.

Clayton REIS (1997, p.89) ensina que “o dinheiro é, portanto, uma forma de proporcionar meios para que a vítima possa minorar o seu sofrimento, através da aquisição de bens ou utilizando-o em programas de lazer. No seu entendimento, a

pena pecuniária constitui-se em uma penalidade das mais significativas ao lesionador no mundo capitalista e consumista.

Para outros doutrinadores, entretanto, o dano moral, por definição, é insuscetível de valorização pecuniária, mesmo porque atribuir valor à dor e aos sentimentos íntimos constitui uma imoralidade, uma degradação dos valores que se quer salvaguardar, ainda por que resultaria sempre numa arbitrária estimativa do ressarcimento, pois não se pode estimar quanto vale uma dor para um padecimento. Os argumentos contrários à reparabilidade do dano moral, de forma genérica podem ser resumidos a dois: na inadmissibilidade do pagamento do *pretium doloris* – preço da dor, e na impossibilidade de se avaliar o dano em dinheiro, o que implicaria inaceitável arbítrio judicial de sua fixação.

Para Paulo Sergio Gomes ALONSO (2000, p.144) “a firme posição doutrinária sustenta que a reparação de danos morais não constitui a determinação de preço para a dor, mas sim que a responsabilidade civil busca a compensação moral da vítima através de meios ou mecanismos específicos a cada caso de violação, mesmo em pecúnia.”

Todavia, a compensação da vítima tem um sentido punitivo para o lesionador, que encara a pena pecuniária como uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência do seu ato lesivo. Esse confronto de forças, de um lado a vítima que aplaca o seu sentimento de vingança pela compensação recebida, e do outro o lesionador que punitivamente paga pelos seus atos inconseqüentes, é a forma de o Estado agir para conseguir o equilíbrio.

Observa Maria Helena DINIZ (1998, p. 74) que a reparação do dano moral representa uma compensação ante a impossibilidade de se estabelecer a perfeita equivalência entre o dano e o ressarcimento, considerando que a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória, pois, como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa

proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenuie a ofensa causada. Não se trata de uma indenização da sua dor, da perda da sua tranqüilidade ou prazer de viver, mas uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetíveis de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderia, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento.

Caio Mário da Silva PEREIRA (1999, p. 55) ensina que no dano moral, “o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou, e o caráter compensatório, para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.”

Na reparação do dano moral, estão conjugadas, portanto, duas concausas: punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *praetium doloris*, porém, o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material. Na aferição do valor indenizatório na hipótese de ressarcimento em relações bancárias, deve-se proporcionar ao cliente consumidor uma satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo, em contrapartida, no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual atentado, obrigando-o à reflexão e tornar sua conduta compatível com o sentido da responsabilidade social, mais policiada e civilizada.

Na fixação do dano moral, leva-se em conta, basicamente, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, em tudo preponderante a idéia de sancionamento do autor da lesão. Na realidade, tão importante quanto compensar o lesado, a reparação do dano moral, interessa também à sociedade, com o intuito de desestimular práticas abusivas, estabelecendo padrões normais de equilíbrio e respeito mútuo entre os entes que contracenam no mundo jurídico.

Os estabelecimentos bancários brasileiros precisam assumir a responsabilidade de seus atos e não deixar, como sempre deixaram, as falhas por conta de lapso do funcionário, mas jamais perdoaram o lapso do cliente. Não é necessário que tenha ocorrido prejuízo econômico, o qual é por si indenizável, a moral também é um patrimônio, e dos mais valiosos.

CONCLUSÃO

A responsabilidade dos estabelecimentos bancários decorre ou de uma relação jurídica previamente firmada, ou da prática de um ato ilícito, os quais se caracterizam como toda ação ou omissão que viole direito e cause prejuízo a clientes e usuários. A teoria do risco profissional é aplicada para a hipótese de não se imputar a culpa nem a uma, nem a outra parte, ocorrendo, assim, os prejuízos por conta do estabelecimento bancário, dado o conhecimento especializado do banqueiro e situação de inferioridade do cliente.

As atividades bancárias se classificam em operações e em serviços. Segundo alguns autores, somente as atividades acessórias ou neutras é que constituem verdadeiras prestações de serviços. Frente à corrente que pretende excluir os estabelecimentos bancários da incidência do Código de Defesa do Consumidor, surgem duas formas de interpretar o Código: uma, conservadora e protetiva dos interesses econômicos, representada pelas instituições financeiras, outra, progressista e comprometida com a transformação da sociedade, visando ao estabelecimento de relações jurídicas mais equilibradas, em que o poder econômico não seja a única fonte a ditar direitos e obrigações. Mesmo que se verifique o confronto de opiniões, a tendência é que das operações e atividades bancárias resulta uma prestação de serviços, desde que configurada a posição do banco como fornecedor e do cliente como consumidor, por conseguinte, exigindo total e implacável aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor veio estabelecer nova forma de agir, de conduta da sociedade de consumo brasileira, sendo que, a sua maior aplicação se reflete nas relações contratuais, onde consagrou as alterações almejadas pela doutrina e em parte atendidas pela jurisprudência. Esta nova normatização veio a alterar sobremaneira as relações havidas entre os estabelecimentos bancários e seus clientes, ainda mais que a totalidade dos contratos bancários é de adesão, que contem cláusulas previamente estabelecidas. Sendo as relações bancárias ajustadas por meio de contratos de adesão, sofrem a incidência do Código de

Defesa do Consumidor, inexistindo qualquer razão para que somente os contratos bancários permaneçam fora do Sistema de Proteção do Consumidor.

As distorções vividas na sociedade de consumo, através dos longos anos de utilização dos contratos de adesão, proporcionando enriquecimento da parte estipulante destes contratos em detrimentos dos respectivos aderentes, não mais poderão subsistir à luz dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, impondo-se a efetivação do controle e estes tipos de contratos. Cabe ao Poder Judiciário a correção das distorções lançadas nestes tipos de contratos, vez que, sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato bancário, o juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os princípios da boa - fé e da compatibilidade com o sistema de proteção ao consumidor.

Sem dúvida, são muitas as inovações introduzidas pelo Sistema de Proteção ao Consumidor, inovações estas, na sua maioria, desconhecidas pela população. Por outro lado, como o consumo está intimamente ligado ao crédito, e o crédito aos estabelecimentos bancários, os estudos dos contratos utilizados nestas relações deverão seguir os ditames legais impostos pela nova ordem jurídica.

A sistemática utilização de contratos de adesão pelos agentes bancários, sob o pretexto da agilidade e padronização de rotinas, não impede que os bancos cumpram com a obrigação de informar aos seus clientes de todas as condições pactuadas. Não se pretende orientar a vedação da utilização dos contratos de adesão pela prática bancária, mas sim, atendendo aos preceitos elencados pelo Código de Defesa do Consumidor, façam os estabelecimentos bancários uma ampla revisão de todas as cláusulas inseridas em seus contratos, procedendo a sua integral e efetiva adaptação à nova realidade.

Os estabelecimentos bancários constituem uma presença indispensável e constante na sociedade, independentemente da reiterada falibilidade em suas operações, eis que eles, profissionais do crédito, transferem aos clientes e usuários

a segurança e a confiança no ressarcimento de eventuais prejuízos. Sem sombra de dúvida, ainda é perceptível a falta de adaptação dos estabelecimentos bancários às normas de proteção dos consumidores, bem como o desconhecimento de grande parte da população dos seus direitos.

REFERÊNCIAS

ALONSO, P. S. G. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**, São Paulo: Saraiva, 2000.

COELHO, F. U. **Manual de Direito Comercial**, São Paulo: Saraiva, 1993.

DIAS, J. de A. **Da Responsabilidade Civil**, 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DONATO, M. A. Z. **Proteção do consumidor – conceito e extensão**, São Paulo: RT, 1993.

FRIGERI, M. R. **Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários**, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

EFING, A. C. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JUNIOR, H. T. **Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência**, 4ª edição, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: RT, 1999.

PEREIRA, C. M. da S. **Responsabilidade Civil**, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REIS, C. **Danos Morais**, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RIZZARDO, A. **Contratos de Crédito Bancário**, São Paulo: RT, 1994.

RODRIGUES, S. **Direito Civil, Vol. IV**, 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de bibliotecas. **Normas para apresentação de trabalhos científicos**. Curitiba: Ed. da UFPR, 2002. v 2;7;8.

WALD, A. **A Responsabilidade Contratual do Banqueiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.